

# 失信惩戒的类型化规制研究

## ——兼论社会信用法的规则设计

王伟

**【摘要】**失信惩戒是信用法治的重要内容。失信惩戒并非精准的法律概念,必须运用法律技术对其进行类型化分析和界定。在市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒、行政性惩戒、司法性惩戒等惩戒机制中,来自公权力的惩戒是信用法治的重点。行政性惩戒措施并非都属于限权性措施。限权性的行政“黑名单”措施本质上属于行政处罚,但并不违反“一事不再罚”原则。我国未来制定社会信用法时,应当对失信惩戒进行类型化规制,并以行政性惩戒为重点,对失信行为的构成要件、惩戒措施和程序、信用修复机制等问题进行法律规制。

**【关键词】**社会信用;失信惩戒;类型化规制;立法建议

**【作者简介】**王伟,男,中共中央党校(国家行政学院)政治和法律部教授(北京 100091)。

**【原文出处】**《中州学刊》(郑州),2019.5.43~52

我国社会信用建设蓬勃发展,社会信用立法正在进行。在国家立法层面,社会信用法已被全国人大列为三类立法,属于立法条件还不完全具备,需要继续研究论证的立法项目。在地方立法层面,上海、湖北、河北、浙江、陕西、厦门等地已制定信用信息管理条例或综合性的社会信用立法,广东、海南、贵州、江苏等地的综合信用立法工作也在不断推进。2017年以来,笔者牵头拟定了《中华人民共和国社会信用法(专家建议稿)》。值得注意的是,无论是在社会信用立法文本中还是在学界的社会信用立法建议中,失信惩戒机制都是不可或缺的重要内容,也是支撑整个社会信用立法的关键。严格地讲,失信惩戒只是一个抽象的实践用语,并非严谨的法律术语。因此,必须运用法律技术对失信惩戒进行精细化的界定,在厘清其内涵和外延的基础上予以类型化分析。唯有如此,才能对失信惩戒予以类型化规制。本文分析失信惩戒机制的法理逻辑和法理基础,并结合社会信用法的制定阐述失信惩戒法律规则的设计思路。

### 一、失信惩戒类型化规制的缘由与前提

失信惩戒机制是社会信用体系的基础和重点。然而,近年来信用惩戒领域出现的过罚不相当、连带惩罚等现象,使社会公众对信用惩戒措施(尤其是行政“黑名单”措施)的滥用产生了极大的担忧,甚至引发了国际社会对中国社会信用建设之正当性的无端指责。鉴于此,尽快将失信惩戒机制纳入法治轨道,构建法治化的失信惩戒机制,是中国社会信用体系建设具有更强的正当性、合法性的重要前提。

从地方社会信用立法实践来看,一些地方立法机关试图将失信惩戒机制纳入法治轨道,在规则设计方面进行了很多有益的尝试,但由于其立法权的有限性,相关尝试更多停留在“地方试验”层面,未能形成统一的失信惩戒法制体系。构建体系化的失信惩戒机制,关键在于对失信惩戒的内涵和外延有充分的法律认知。严格地讲,失信惩戒、守信激励等概念都来源于相关信用政策并为实务操作中采用,属

于相对抽象的实践用语,而非严谨的法律概念。如果仅仅基于一个抽象的实践用语,就试图构建法治化的失信惩戒机制,并不是一种现实主义路径。在建构失信惩戒规则体系的过程中,始终应当强调运用类型化思维,进行类型化研究和法律规制。类型化思维是介于抽象概念和具体事实之间的桥梁。类型化的实质是弥合高度抽象的概念与具体琐碎的事实之间裂隙的一种思维方式。概念与类型之间的关系之所以重要,恰如考夫曼所说:“概念没有类型是空的,类型没有概念是盲目的。”<sup>①</sup>因此,将失信惩戒机制类型化、具象化,是研究失信惩戒机制的一个重要法律技术。失信惩戒机制的类型化需要关注以下两个基本前提。

(1)构建失信惩戒机制,不能局限于传统的经济信用,还应立足于中国社会信用建设的现实场景。在市场经济国家,“信用”作为一个概念有其特定语境,主要是指以经济债权债务关系为核心的信用关系(credit),而失信行为主要是指不履行约定义务的行为,失信惩戒则主要指交易对手或其他社会成员对失信人抱持不信任的态度或者拒绝与其合作。传统的失信惩戒更多是一种经济治理状态。在当今中国的信用建设中,“信用”的内涵已经远远超出了经济信用的范畴,既包含传统意义上履行合同义务的状态,还包含遵守法定义务的要求。例如:《上海市社会信用条例》第2条规定,社会信用是指具有完全民事行为能力自然人、法人、非法人组织等主体在社会和经济活动中遵守法定义务或者履行约定义务的状态。就此而言,当前中国语境中的“社会信用”包含对法律的遵循和对合同义务的履行两层含义,同时具有经济治理和社会治理两方面内容,属于广义的诚信概念(大体可以对应于英文中的 integrity, reputation, honor 等词语的含义),而不再仅指经济信用(credit)。因此,对失信惩戒机制需要分别从经济领域和社会领域进行构建。

(2)构建失信惩戒机制,需要分别从公权、私权角度将失信惩戒类型化。失信惩戒机制既包含多元化的惩戒主体(公权力主体与私权利主体高度交融),也包含多元化的惩戒方式(禁止性、限制性、警示性的惩戒乃至一般管理活动),可以细分为道德惩戒、社

会惩戒、市场惩戒、公权力机关的惩戒等类型。也有论者将失信惩戒方式概括为人身自由惩戒、财产惩戒、资格惩戒、道德惩戒。笔者认为,目前在我国,实践层面的失信惩戒可以称作广义的失信惩戒。这个层面的失信惩戒可以界定为,有权惩戒主体(国家机关、社会组织、交易对手等)通过法律惩罚、经济制裁、道德谴责等手段对失信行为人实施惩戒的过程和行为。也有论者从相对宽泛的层面,认为失信惩戒机制的作用是运用法律手段、经济手段和道德手段惩罚市场活动中的失信者,将有严重失信行为的企业和个人从主流市场排除出去。这一看法比较符合我国社会信用体系建设的实际情况。

综上,必须按照失信惩戒机制的法律属性,对其进行精细化的分解。只有将信用惩戒的内涵和外延放在特定语境中讨论,才能真正将法学方法论运用于体系和规则的构建中。按照类型化的法律技术和思维方式,概念化的方法在内核确定层面占主导地位,类型化的方法在边界划定层面起主要作用,二者相辅相成,构建起一个内部有机联系的类型系统。

在本文中,失信惩戒大体分为平等民事主体之间的信用惩戒和依靠公权力实施的信用惩戒两大类。其中,公权力机关实施的信用惩戒可能涉及减损他人权利、增加他人义务等惩戒措施,是法律规制的重点,需要纳入严格的法治轨道。平等民事主体之间的信用惩戒,可以由民商法、社会组织法、征信法等予以调整。

## 二、失信惩戒类型化规制的法理逻辑

### (一)我国失信惩戒机制体系梳理

从历史上看,信用制度的发展和完善为西方国家经济发展打下了坚实基础,而失信惩戒机制是信用制度得以有效发挥作用的基石。构建有效的失信惩戒机制也是我国信用建设和信用法治的重要内容。通过多年的社会信用建设实践,我国逐渐形成了体系化的失信惩戒机制。在党的十八届三中全会上,中央就提出“惩戒失信”的重要方针。“十三五”规划也明确提出“健全守信激励与失信惩戒机制”。党的十九大报告提出的“健全环保信用评价、信息强制性披露、严惩重罚等制度”等要求,也重在强调构建信用惩戒体系。我国还有诸多关于信用建设的政策

性文件以及有关部门签署的联合惩戒备忘录,其中都细化了失信惩戒规则,这些规则在实施中也取得了较为显著的成效。近年来我国制定或修订的《反不正当竞争法》《电子商务法》等法律都对信用惩戒作了规定。目前,我国已经以中国人民银行征信系统、全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示平台等为基础,搭建了失信惩戒信息平台,为失信惩戒的实施提供了强大的技术支撑。从党和国家的信用政策以及相关实践来看,我国的失信惩戒措施大体涉及以下5个层面。

一是市场性惩戒。在市场交易中,交易对手可以对失信主体实施拒绝交易、提高交易条件等方面的惩戒。例如,商业银行对借款人、保险公司对保单持有人实施的信用惩戒。

二是行业性惩戒。行业协会、商会等社会组织可以基于行业自律规则,对其会员实施相应的信用惩戒。我国《资产评估法》第36条规定,行业协会应建立会员信用档案,将会员遵守法律、行政法规以及评估准则的情况记录在案并向社会公开。据此,行业协会可对其会员实施信用惩戒。

三是社会性惩戒。社会组织、社会公众可以通过失信举报、媒体监督、公益诉讼等机制实现有效的社会参与和监督,对失信行为进行惩戒。我国《环境保护法》中的信息公开和公众参与制度、《民事诉讼法》中的公益诉讼制度等,都是实施社会性惩戒的重要法律根据。

四是行政性惩戒。我国已构建中央和地方之间、横向部门之间的行政性惩戒机制,在公共服务、市场监管等环节实施信用惩戒。例如:原国家工商行政管理总局、国家发展和改革委员会、最高人民法院等38个部门签署的《失信企业协同监管和联合惩戒合作备忘录》,对失信主体在享受部分高消费服务、出任相关行业企业高级职务的资格等方面作出限制,实行联合惩戒。地方层面也在探索失信惩戒制度创新,如江苏省出台的《自然人失信惩戒办法(试行)》对失信行为及惩戒措施作了规定;南京市出台的《招标投标不良行为认定及处理办法》要求对招标投标领域的失信行为进行公示。

五是司法性惩戒。在我国失信惩戒机制中,实

际上还包括来自司法机关的惩戒。司法机关应当通过开展专业的司法活动,对失信行为进行打击。有关司法性惩戒的现行法律和政策主要是:《民事诉讼法》以及中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《关于加快推进失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》、最高人民法院发布的《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》。最高人民法院还通过裁判文书公开、失信被执行人信息公开等措施,构建了对失信行为的司法惩戒机制。

总体来看,我国失信惩戒机制涉及一系列制度安排,零散地分布在各类法律法规或政策性文件中,尚未形成有内在逻辑的失信惩戒体系。同时,实践中失信惩戒机制的实施过于偏重行政性惩戒、司法性惩戒等源于公权力的惩戒,市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒的作用远没有得到发挥,社会力量难以真正对失信行为进行有效的监督与惩戒。

## (二)对失信惩戒分类规制的法理逻辑

失信惩戒的实施主体大体可分为公权力主体和私权利主体,这两类主体对失信行为的惩戒有不同的权力(或权利)来源。实施信用惩戒的法律根据,既可以是公法规范,也可以是私法规范,还可以是不属于国家正式立法的社会规范(行业协会的章程、自律规定等)。因此,信用惩戒的法律渊源不尽相同。正如有论者分析指出:对失信行为的惩戒措施可分为私法类措施和公法类措施,前者如产权交易双方依法自愿协商达成赔偿、补偿的协议,对违约行为适用责任自负、过失相抵、自助免责、意定免责等民事归责方法;后者是指政府干预、制裁或惩戒,如依法披露失信者的诚信记录或对失信者施以警告、罚没财产、剥夺资格、限制权利等行政处罚。<sup>②</sup>下文梳理不同类型失信惩戒机制的法理逻辑。

### 1. 基于信用惩戒权来源和本质的分析

信用主体处在特定的社会网络中,需要与公权力机关、市场主体、社会公众乃至相关行业组织进行交易或交往。对失信行为进行惩戒的重要目的,在于保障社会成员之间的信任与安全,维护社会团结,推动社会合作。有学者认为,当社会成员之间的信用承诺关系被破坏时,法律必须对这一关系予以重

申,惩罚是实现这一目的的有效手段。<sup>③</sup>从报应主义惩罚观来看,失信惩戒可以使失信者为其行为付出相应的代价,净化信用环境;从功利主义惩罚观来看,失信惩戒可以对失信人及其他社会成员产生一定的威慑力,以“惩”的方式实现“戒”的目的,维护社会信用。值得注意的是,信用惩戒有其局限性。信用惩戒以降低失信者的名誉度为特征,其发挥作用的前提是名誉对行为人有极大价值,但对于那些根本不在乎名誉的人或者失去名誉也不会产生实质影响的领域,信用惩戒就没有用武之地。<sup>④</sup>

笔者认为,信用约束和联合惩戒机制至少有两个层面的意义。一个层面的意义是法律主导(即法律明确规定)的惩罚机制通过民事、行政、刑事制裁,实现对失信行为的惩罚。另一层面的意义是市场因素(商业声誉等)主导的惩罚机制以信用信息数据库为纽带实现市场联防,市场主体根据信用数据对失信人采取任职、融资、契约等方面的限制,以提高失信成本的方式惩戒失信行为。<sup>⑤</sup>有论者认为,市场、社会、行业如何运用失信主体的失信记录,如何对待曾经失信的主体,应该由其自行决定。<sup>⑥</sup>以此观之,信用惩戒的法律渊源既可以是法律规定,也可以是当事人约定,甚至可以是市场交易中的规则、商业惯例等。具体到不同类别的信用惩戒措施,实施惩戒者的权利(权力)来源可作如下分析。

(1)市场性惩戒、社会性惩戒的权源。从传统的征信法律制度来看,交易相对方可以根据信用主体的相关信用信息记录,了解信用主体的信用状况,从而采取相应的防御措施(如提高交易条件、贷款利率、保险费率等),或者拒绝与其进行交易,从而确保交易安全。这类惩戒措施是基于市场声誉机制,由平等交易主体作出的理性选择。本质上,这是一种市场自组织形式,原则上应由民商法、征信法等法律予以调整。笔者认为,对于这类惩戒措施的规制,国家的主要功能和作用是提供相应的法律及市场化、社会化的信用机制,形成社会层面的信用法律机制。<sup>⑦</sup>实践中,如果交易一方(如金融机构等)有较为优势的市场交易地位乃至有市场支配地位,或者属于垄断性的公共事业单位,则其行为必须符合反垄断法、反不正当竞争法以及公用事业法的有关规

定。这方面的现行法律规定较多。比如:我国《反垄断法》第13条规定,禁止具有竞争关系的经营者通过垄断协议,实施联合抵制交易等行为;第17条规定,禁止具有市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位的行为。又如,《湖北省社会信用信息管理条例》第26条第2款规定,未经依法确认的公共事业及物业管理欠费信息不得作为实施联合惩戒的依据。社会性惩戒与市场性惩戒一样,都是平等主体之间实施的惩戒,因而有相同的法律基础。

(2)行业性惩戒的权源。在现代市场经济运行中,社会组织(行业协会、商会等)对其会员有相应的行业自律和监督管理责任,依据是会员之间签订的自律规章。关于行业协会惩戒权的性质,有学者主张是一种社会权利,即一定的社会主体凭借对所拥有社会资源的控制,使其他社会主体服从其意志的支配力。<sup>⑧</sup>这种惩戒权明显不同于国家权力。行业组织对其违法失信的会员采取公布失信信息、公开谴责、处以违约金等措施,在性质上是基于自治规章的惩戒。例如:根据中国电力企业联合会发布的《信用电力自律公约(试行)》第6条及其他相关制度,公约成员单位违反诚信责任等自律条款的,其名单要向全体成员单位公布,并在信用评价中予以体现,必要时向社会公布;对列入“黑名单”的企业,还可以采取取消行业性评比评优资格等措施。<sup>⑨</sup>

(3)行政性惩戒、司法性惩戒的权源。行政性惩戒是行政机关基于行政管理关系而实施的信用惩戒。公权力机关基于公权力,可以查询或者公开信用主体的相关信息,了解信用主体当前或过往的守法、履约情况,进而采取相应的信用惩戒措施。与平等主体之间的惩戒不同,行政性惩戒是借助于公权力实施的行政管理、行政处罚、行政强制等行为。司法性惩戒的权源是司法权力。因为司法权的行使有较高位阶的《民事诉讼法》作为法律根据,所以目前对这类惩戒措施的社会质疑较少。

## 2. 基于信用惩戒方式及法律后果的分析

市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒,这三类惩戒方式作为平等主体之间的信用惩戒,其法律根据主要是当事人之间的合同、会员之间签署的自治规章、征信法等,相应的法律后果是拒绝缔结合同、

提高交易条件、减损失信人作为会员的权利或使其承担相应的损失等。这类信用惩戒的结果,更多的是民事上的不经济、不利益。

公权力主体实施的信用惩戒主要针对不遵循法定义务的失信行为,产生公法上的不利后果。张维迎教授认为,私人之间实施信用惩罚的力度是远远不够的,特别是对于具有霸权特征的人和企业而言,国家应当加入进来,帮助建立私人之间惩处不讲信用行为的制度,以达到整个社会的和谐。<sup>⑨</sup>行政机关对失信行为的惩戒涉及面较广,对失信行为人的约束面更加广泛,如禁止或限制市场准入、加强管理、直接减损权利或增加义务、列入“黑名单”等。这些信用惩戒措施中,有的并不会对信用主体的活动产生直接限制,有的则会产生类似于行政处罚、行政强制的法律后果。对于后者,实施信用惩戒的机关或组织可能会承担相应的行政法律责任。因此,对这类惩戒措施进行法治化的要求更高,需要在公法范围内予以规制。

值得注意的是,从现代国家运行特征来看,政府不仅可以采取纵向的命令和管理的方式履行公共职责、提供公共服务,还可以采取平等的横向协商手段承担公共责任。这类协商的本质是政府在经济活动或经济管理中将其意志直接体现在原本属于私人自治的契约关系中,由此形成的合同关系可以适用合同法或者专门的政府合同法进行调整。<sup>⑩</sup>例如:在信用承诺制度中,如果公权力主体与信用主体约定了失信惩戒措施,信用主体违反其承诺的行为就成为被施以信用惩戒的根据。

### 三、失信惩戒类型化规制的重点——行政性惩戒

我国当前实施的信用惩戒措施中,最值得关注的是公权力机关采取的惩戒措施,尤其是这类惩戒措施的合法性问题。对于行政机关实施的信用惩戒,需要探寻其法律基础,并加以相应的法律规制。

#### (一)行政性惩戒是否都构成行政处罚

现实中行政性惩戒的类型较多,但并非所有的行政性惩戒措施都是高强度的行政处罚、行政强制等。行政性惩戒措施的管理强度不同,包括加强管理类措施、不予授益类措施、“黑名单”措施、对资格

权益的限制或减损类措施等。行政性惩戒措施是否构成行政处罚,应结合该措施的性质加以认定。下文以几类重要的行政性惩戒措施为例进行分析。

#### 1. 加强管理类措施、不予授益类措施

加强管理类措施,如加大监管频率、取消相应的便利(如享受绿色通道服务等),这类措施对信用主体的活动并不产生实质性的行政约束,也不构成对信用主体权益的限制或减损。不予授益类措施包括不授予荣誉称号等,这类措施是对企业非核心权益的限制,不属于行政处罚或行政强制的范畴,从性质上可以将其理解为对信用主体带来不利负担的行政行为。行政处理在学理上可理解为一种具体行政行为,指“具有行政权能的组织运用行政权,针对特定相对人设定、变更或消灭权利义务所作的单方行政行为”<sup>⑪</sup>。此类行为虽不构成行政处罚,但因属于具体行政行为而具有可诉性。

#### 2. 行政“黑名单”措施

行政“黑名单”措施是失信惩戒的一种重要形式,针对严重违法失信行为。有学者认为,“黑名单”制度作为一种行政监管模式创新,有利于实现行政监管动态化,使政府对市场主体从直接监管转为间接监管,也促使政府在简政放权的同时由事前监管转为事后监管。<sup>⑫</sup>此外,行政“黑名单”措施有利于推动市场经济法治化,有利于强化对市场主体的信用约束,从而保障交易安全。从法律属性看,行政“黑名单”措施在很大程度上是一种行政处罚措施。在学理上,行政处罚一般分为人身罚、财产罚、行为罚、声誉罚等类型。仔细考察发现,有的行政“黑名单”措施类似于行政法上的声誉罚,其目的是让社会成员对失信主体的违法失信行为尽可能周知,从而在投资交易或民事活动中采取防范措施。有的行政“黑名单”措施则类似于资格罚,其通过信息共享,使更多行政机关或司法机关对列入“黑名单”者实施信用约束与信用惩戒。行政“黑名单”措施在本质上相当于行政处罚的主要理由如下。

(1)行政“黑名单”措施有强烈的负面评判性。行政“黑名单”是行政机关在所掌握的企业信用信息的基础上经过整理判断的结果,带有很强的价值判断色彩,对行政相对人和社会公众具有提示、警示的作

用。行政“黑名单”措施的价值判断属性,使其完全不同于对企业等主体的基础信息或其他信用信息的公开反映。例如:根据国务院颁布的《企业信息公示暂行条例》,企业基础信用信息的公开并不涉及行政机关的价值判断。

(2)行政“黑名单”措施会产生降低市场影响力和声誉的结果,导致权利的减损。虽然“黑名单”本身不直接产生行政法上的限制、惩罚效力,但由于行政机关的优势地位和权威性,“黑名单”一经公布,就会对失信主体的信誉和舆论形象产生现实的减损效果,对其生产生活等方面产生极大影响和实质性限制。

(3)行政“黑名单”措施往往伴随公权力机关对失信人权利的减损、义务的加重等后续措施。行政机关公布“黑名单”以后,通常会对列入“黑名单”者附加更为严厉的监管或惩戒措施。可以说,“黑名单”既是行政机关对有关信用信息进行整合的结果,又是对失信行为人采取其他惩戒措施的基础。从实践效果来看,被列入“黑名单”甚至比受到警告、通报批评的后果更严重。

值得注意的是,我国信用体系建设过程中还出现了一类本质上属于非限权性的所谓“黑名单”措施。《企业信息公示暂行条例》规定的经营异常名录制度就属于一种典型的非限权性措施。因为该制度的根本目标不是实施惩戒,而是向社会公示企业未进行年报等轻微违法行为,督促企业尽快公示相关信息。从规则设计的初衷来看,该制度是一种“快进快出”的制度,只要企业更正其违法行为,就应被移出名单,而不发生惩戒的后果。<sup>⑤</sup>因此,该制度本质上是非限权性的“黑名单”措施。然而在实践中,市场主体被列入经营异常名录之后,往往被施以较为严厉的信用惩戒措施,这实际上是将经营异常名录错误地理解为一种限权性措施,偏离了经营异常名录制度的立法本意。

### 3. 限制资格权益类措施

这类措施是对失信主体法律权利的实质性限制,也是对其核心权益的限制。这类惩戒措施尽管从形式上看不属于《行政处罚法》列举的处罚措施,但由于其对相关主体的资格和权益的限制带有明显

的惩罚性,所以实质上构成行政处罚。例如:限制企业参与某类项目的资格、降低其资质评级、吊销其营业许可证甚至依法予以关闭等,对企业的生产经营活动都会造成较大的甚至严重的影响,涉及对企业的能力罚、资格罚等问题。这类措施的实施应当符合《立法法》的规定,并纳入具有可诉性的具体行政行为之中,接受相应的司法审查。

综上,行政“黑名单”措施、限制资格权益类措施构成行政处罚,而加强管理类、不予授益类等不以减损权利为目的的失信惩戒措施不构成行政处罚。

(二)构成行政处罚的失信惩戒措施是否违反“一事不再罚”原则

接下来需要讨论的一个重要问题是:构成行政处罚的失信惩戒措施是否违反“一事不再罚”原则?就“一事不再罚”原则的法律价值而言,其目的在于避免行政相对人因同一行为而遭受两次以上的行政处罚。目前,对于何谓“一事”、何谓“不再罚”乃至“一事不再罚”原则的法律内涵,理论界仍存在较大争议,由此导致对行政性惩戒的不同理解。一种观点是,行政性惩戒属于“一事不再罚”的情形。有学者认为,“一事不再罚”原则旨在防止重复处罚,体现“过罚相当”的法律价值,以保护当事人的合法权益;在信用主体的违法失信行为已被处以行政处罚的情况下,再实施信用惩戒,就构成双重惩罚,违反了“一事不再罚”原则。另一种观点是,行政性惩戒不属于“一事不再罚”的情形。该观点倾向于从狭义的角度理解“一事不再罚”原则,认为我国《行政处罚法》第24条规定的“一事不再罚”仅指“对同一事实不能两次罚款”,而没有限制或禁止对同一行政违法事实实施以罚款以外的其他行政处罚;对信用主体的违法失信行为实施的信用惩戒如果不是罚款类的处罚措施,就不属于“一事不再罚”的范畴。笔者认为,行政机关对失信行为人采取的限权性惩戒措施不违反“一事不再罚”原则,主要理由如下。

1. 从信用法的角度看,信用惩戒本质上是一种事后的社会评价

信用惩戒主要是用信人对信用主体履约、守法等方面信用信息进行综合判断后采取的对特定主体的社会评价,目的是预防或防止该主体对用信人的

利益或社会公共利益造成损害,以及倡导守法守约的诚信精神。在作出这种综合性的信用评价和判断后所采取的惩戒措施,并不是针对某一次具体的违法或违约行为,其性质已经转化为对信用的社会化评价。对公权力机关而言,其所实施的信用惩戒是基于行为人不履行法定义务的判断,是维护社会公共利益的需要。原国家工商行政管理总局发布的《严重违法失信企业名单管理暂行办法》规定,2年内累计受到3次以上行政处罚的企业将被列入严重违法失信企业名单管理,即属于此种情形。正如有论者所说,失信惩戒措施针对的是行为主体的信用状况(即违法违约状况)而非具体行为,而信用状况是诸多守信、失信行为信息的集成,是多行为、多事项的综合累积结果。<sup>⑤</sup>因此,信用惩戒既不是针对同一个行为,也不是基于同一个事实或依据,不违反“一事不再罚”原则。

2. 从行政法的角度看,对“一事不再罚”原则宜进行限缩性解释

“一事不再罚”原则源于刑事诉讼法律。随着时代发展和社会进步,越来越多的国家将该原则的适用依据从早期的刑事诉讼法扩展至包括行政法在内的更为广阔的法域,甚至将该原则作为保障人权的一项重要原则。我国《行政处罚法》第24条将“罚”限于“罚款”固然有其不足,但无限扩大“一事不再罚”原则的适用范围并不能有效满足经济社会发展的需要。从域外立法情况来看,对于“一事不再罚”原则在行政管理领域的适用,通常采取相对谨慎、现实的做法,力求为政府管理留下必要的弹性空间。例如,德国立法限制“一事不再罚”原则的适用范围。德国《违反秩序法》第19条规定,行政处罚中的“一事不再罚”原则是指,同一行为违犯数个行政法律规范(即违犯数个法律)的,依照罚款数额最高的法律规定科处罚款,并可同时处以其他法律规定的附加措施。又如,奥地利立法规定不适用“一事不再罚”原则。奥地利《行政处罚法》第22条规定:行政被告以各种独立行为违反不同的行政义务,或同一行为牵涉数个罪名时,应分别处罚。借鉴域外立法经验,结合我国失信惩戒的实施情况,笔者认为,对“一事不再罚”原则宜进行限缩性解释。行政机关对违法失信行为

实施的惩戒,是“多罚”,而不是“再罚”,并不违反“一事不再罚”原则。

3. 其他法律中存在大量的事后评价或再评价规范,均不违反“一事不再罚”原则

我国《公司法》第146条规定,因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾5年的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。《证券投资基金法》第15条规定,因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员等,不得担任公开募集基金的基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员。《政府采购法》第22条规定,供应商参加政府采购活动应当具备良好的信用和品德,并列出了良好的信用和品德的具体情形。依据这些规定,行政机关在金融企业运行、政府采购、涉及公共利益的重大交易活动等领域,对相关主体的信用和品德状况提出较高要求的,也属于失信惩戒的范畴,但不属于违反“一事不再罚”原则的情形。

(三) 行政机关是否可以基于信用惩戒目的进行信用评价

在经济领域,信用评价是一种常见的信用管理手段和方法,是对评估对象是否有如约还本付息的能力及其可信任程度的综合评价。<sup>⑥</sup>从域外信用立法及我国社会信用建设的实际情况来看,市场主体、行业协会、征信机构等可以根据法律法规或其内部规则,对有关信用主体的信用状况进行专门评价和认定。当然,除了法律要求公开信用评价结果(如评级机构对拟发行债券的评级)的情形,相关机构对信用主体的评价主要是满足内部经营管理和风险控制的需要或帮助客户了解交易对方的信用状况。

那么,是否可以将经济领域的信用评价机制引入信用监管、信用惩戒等行政管理活动中?换言之,行政机关是否可以根据其掌握的信用信息,按照一定的指标体系对信用主体进行分等级的信用评价?有学者认为,从信息管理的角度讲,信用信息本身是中立、中性的,政府负责如实记录信息,不应对其主体的信用情况进行好或坏的主观评价。<sup>⑦</sup>笔者赞同这样的见解。行政机关作为社会利益的代表,是

公共信用信息的掌握者和信用监管者,其基本职责主要是站在中立的立场,客观完整地提供相关信用信息。除了某些特殊情况(如公布行政“黑名单”),行政机关对信用主体的信用状况原则上不应作出评价,尤其不应作负面评价。政府在社会信用建设中的主要责任是提供有关主体的基础信息、经营情况信息及重大违法信息,以便公众利用这些信息形成对特定主体信用的正确认知和评价。行政机关应以客观归集、依法共享、披露基础信用信息为基本导向,原则上避免为信用主体的信用状况进行“背书”,尤其不应对其整体信用状况进行评价。

#### 四、失信惩戒类型化规制的立法变革——社会信用法的规则设计思路

制定社会信用法已经列入全国人大立法规划,而失信惩戒机制是信用立法的重要内容。在制定社会信用法的过程中,应当理清不同性质的失信惩戒措施的法治逻辑,在将其类型化的基础上确立不同的规制原则和规则,从而使各类失信惩戒机制各就其位,发挥各自的功能。这是中国特色社会信用法的重要使命和任务。

##### (一)关于失信惩戒机制的类型化调整

对失信主体实施惩戒须有法律根据。我国《立法法》《合同法》《征信业管理条例》及其他相关立法,为失信惩戒提供了重要的法律根据。笔者建议,社会信用法应当对失信惩戒机制进行系统、全面的规定,将市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒、行政性惩戒、司法性惩戒等惩戒机制纳入类型化调整的范畴,并明确相关惩戒权利(权力)的来源。其中,关于市场性惩戒的规定,应注意与民商事、征信、反垄断等相关法律衔接;关于社会性惩戒的规定,应与现行法律中有关信息公开、社会参与、社会监督的规定以及《民事诉讼法》等法律的有关机制相衔接;关于行业性惩戒的规定,应当明确行业章程或其他自律性规则可以规定必要的信用惩戒措施。

来自公权力机关的惩戒应当遵循法无授权不可为、法定职责必须为的法治原则。公权力实施信用惩戒应当符合法定要求,包括惩戒标准法定、惩戒对象法定、惩戒主体法定、惩戒措施法定、惩戒程序法定、惩戒期限法定、救济机制法定等方面要求。公权

力机关实施惩戒的法定要求既要彰显诚实信用、公平正义等价值理念,也要确保法的安定性,以满足社会公众的合理预期。在法律未对信用惩戒的相关问题予以明确的情况下,社会公众会对失信的法律后果缺乏合理预期,进而认为信用惩戒缺乏合法性、正当性。解决这个问题,就要实现信用惩戒机制的法治化、规范化、程序化。信用惩戒机制法定化以后,由于法律标准事前公开,法律规则具有普遍约束力,社会成员对失信后果有合理的法律预期,法律的安定性就得以强化。

##### (二)关于行政性惩戒中失信行为的法律界定

对于纳入行政性惩戒范畴的失信行为,应按照惩戒法定的要求,考察信用主体违法行为的严重性和主观故意性。其一,对违法失信主体实施惩戒,应当指向具有一定严重程度的违法失信行为。对于轻微的违法失信行为或者已经纠正的一般违法失信行为,不应直接实施信用惩戒。<sup>⑧</sup>这是由于信用惩戒的管理强度较大,必须考虑其所带来的严重不利后果,确保过罚相当。其二,应当受到惩戒的违法失信行为,行为人在主观上应具有故意。对过失行为尤其是一般过失行为不宜实施信用惩戒,可采取其他方式使行为人承担相应的民事、行政、刑事法律责任。这主要是考虑到,从信用法治的要求来看,守信主要是强调人们主观上应有守法或履约的意愿,不应故意违法或违约。在过失的情况下,失信行为与行为主体诚实守信意愿之间的关系并不密切。行为人对其过失行为尽管也要承担相应的法律责任,但不应被施以过于严厉的信用联合惩戒。

笔者认为,社会信用法应当明确规定:有权实施信用惩戒的机关和组织,应当根据信用主体违法行为的严重程度、主观过错等因素,在法定权限范围内依法对信用主体是否存在失信行为进行认定。经认定的失信信息,应当依法进行归集、共享和披露,并作为实施失信惩戒的重要根据。

##### (三)关于行政性惩戒机制的体系化

行政机关实施的失信惩戒会对信用主体的权利、义务、责任产生较大影响,故应当遵循相应的法治原则,实现惩戒权力法定、惩戒措施法定、惩戒程序法定。为此,应当通过立法对以下三个方面作出

制度安排。

### 1. 分类建立行政性惩戒机制

对于行政性惩戒措施,应当根据其法律性质分别予以规制。社会信用法应重点针对限制或减损权利类行政性惩戒措施,明确其法律属性,规定相应的实施程序及必要的救济程序。对于非限权类“黑名单”措施(如《企业信息公示暂行条例》中的经营异常名录等),应当明确规定不得将其作为实施行政性惩戒的根据。

在实施行政性惩戒的过程中,信用主体实际上处于相对弱势、被动的地位。为有效约束公权力,防止其对信用主体造成不必要的损害,有必要对行政性惩戒进行相应的法律规制。根据我国《立法法》第82条的规定,行政性惩戒不得违法减损权利或增加义务,并且应属于本级政府的事权范围。因此,对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚,只能由法律规定。地方立法也无权规定对信用良好的企业和个人予以税收减免。

### 2. 重点规制行政“黑名单”措施的实施

限权类的行政“黑名单”措施对信用主体的权利施以诸多限制,对其利益有重大影响,因而是信用法规制的重中之重。与实施行政处罚相比,设立行政“黑名单”应受到更严格的限制,并实行“法律保留”。应当对限权类行政“黑名单”措施予以严格的法定化,除有关法律统一规定该措施的适用情形外,还要通过信息公开、民主决策、有效救济等机制保证该措施在法治轨道内运行。笔者认为,对于限权类行政“黑名单”措施进行规制的法治要求是:标准法定、实施主体及惩戒方式法定、列入及移出程序法定、救济机制法定。<sup>⑩</sup>

### 3. 联合惩戒机制不得违法设定限权类行政性惩戒措施

在信用建设实践中,通过国务院部委以及地方有关部门签署联合惩戒备忘录以形成信用联合惩戒格局,是较为普遍的做法。公权力机关联合起来对相关信用主体实施制约,可以加大对信用主体的约束力度,增强信用联合惩戒的有效性。但就联合惩戒备忘录的法律性质而言,其可归属于规范性文件的范畴,效力层级较低。实践中的联合惩戒机制往

往包含较多限制权利或增加义务的内容,加上公权力机关的联合惩戒在更大范围内减损行为人的权利,因而联合惩戒除遵循《立法法》的要求<sup>⑪</sup>外,还应按照行政惩戒法定性的要求,遵循法定的惩戒方式、惩戒程序、救济程序等。一些地方通过发布联合惩戒目录清单,列出失信行为种类、失信惩戒措施、主要法律根据等,使联合惩戒措施显性化、公开化、可预期,从而厘清公权力与私权利之间的边界,取得了较好的法治效果。总结地方信用立法经验,笔者建议社会信用法作出如下规定:国家构建跨地区、跨部门、跨领域的守信联合激励和失信联合惩戒机制。县级以上人民政府依法建立守信联合激励和失信联合惩戒措施清单制度,完善强制性惩戒措施和推荐性惩戒措施。除法律法规另有规定外,不得在清单规定的措施之外实施行政性惩戒。

#### (四)关于行政性惩戒措施的正当性

行政性惩戒措施要具有正当性,就不能一味追求对失信行为人的报应,也不能单纯基于维持信用秩序的目的而忽视个人利益。行政性惩戒措施应当平衡惩戒与保障之间的关系,确保实施的正当性。

#### 1. 行政性惩戒与违法行为之间应有合理关联

行政机关实施信用惩戒须符合合理行政的法治要求。按照现代行政法“不当联结之禁止”原则,公权力主体对私权利进行限制时,必须证明限制基准有事理上的必然性、实质性、正当性、关联性,不能肆意作为。<sup>⑫</sup>具体到信用法治领域,公权力机关对行为主体的违法失信行为进行惩戒时,必须依法确定违法失信行为与惩戒措施之间有合理的关联。根据行政惩戒法治化的要求,对在A处违法失信的信用主体在B处施以信用惩戒,需要确立A处与B处的关联性。例如:某公司的机动车辆存在多次违章行为,交通管理部门可在办理交通类事项时予以必要的限制,商业保险公司可因此提高其车辆的保险费率;但若该公司申请股票上市,则有关部门不应以其车辆曾交通违章为由拒绝其申请。

社会信用法应当确立信用信息关联性标准,增强该标准的透明度与可预期性。为避免行政管理受不正当因素影响,社会信用法应当要求行政机关按照合理行政的原则,确定与本部门行政管理事项相

关联的信用信息的范围,作为开展分类管理的依据并向社会公布。<sup>②</sup>笔者认为,社会信用法应确立失信惩戒关联性原则,尤其应规定惩戒措施清单目录制度,由信用管理部门牵头设定明确的惩戒措施并向社会公示。通过该清单目录制度,一方面为行为人提供更加清晰的法律指引,使其明了行为的法律后果;另一方面增强信用惩戒的透明度,约束行政机关的惩戒裁量权。

### 2. 行政性惩戒措施的实施应符合比例原则

行政机关实施信用惩戒应符合行政法上的比例原则,体现过罚相当。加强管理类信用惩戒措施一般不会对信用主体的核心权益造成损害,故不具有行政法上的可诉性。但对于市场准入限制、任职资格限制、使用公共资源限制等有可能对信用主体的权益产生实质性限制,带有行政处罚性质的措施,则应当进行严格的法律规制,并提供相应的行政复议、行政诉讼等救济途径。为此,笔者建议社会信用法作出如下规定:行政机关对信用主体实施的信用惩戒措施应当符合比例原则,与失信行为的性质、情节、社会影响程度等相适应,不得超越法定条件、法定处罚种类和幅度。

### 3. 行政性惩戒的非连带性

根据现代民法中过错责任和自我责任的原则要求,有行为能力的主体应当自行承担其行为的法律后果。因此,除法律特别规定外,信用惩戒不能及于与失信行为无关的主体。在信用建设实践中,个别地方存在违法实施连带惩戒的现象。例如:个别公立学校在录取学生时,要求学生的父母若属于失信被执行人,则在其清偿债务并从失信被执行人名单中移出之前不予录取其子女。笔者认为,以普通基础教育为主的公立学校不应实施这样的连带惩罚,这种做法有违自我责任原则的要求。当然,如果该校是收费高昂的私立学校或“贵族学校”,则此种做法属于限制高消费,有助于保障债权人利益。又如:对于被市场监管部门列入经营异常名录的企业,有的地方公积金管理机构对其职工申请公积金贷款施加限制,这相当于让员工为企业的违法失信行为承担责任,违背了自我责任原则。笔者建议,社会信用法应当基于“不当联结之禁止”的法治原则,明确

规定行政性失信惩戒措施直接针对失信行为人,不得扩展至其他主体。当然,根据有关法律的规定,在个别法定情形下可以将违法失信行为的惩戒范围进行必要的延伸。例如:公司或者社会组织在经营管理中被认定存在严重违法失信行为时,其主要经营管理人员应为此承担相应的责任,此类人员的失信信息可以依法予以记录、共享或披露,对此类人员的任职资格可给予必要的限制。

### (五)关于失信行为人的信用修复制度

失信惩罚措施和纠错机制是一个硬币的两面,二者密不可分。在社会信用建设中,失信惩戒是核心制度,但其目的不是把失信主体永久地钉在耻辱柱上,而是让其有纠正错误、改过自新的机会。长远来看,这对整个社会信用的重建是有益的。社会信用建设实践中的信用修复主要有两类:一类是对违约失信行为的修复,另一类是对违法失信行为的修复。笔者建议社会信用法在构建类型化惩戒机制的同时,全面构建信用修复体系,形成专门的信用修复法律规则。相关规定包括但不限于:其一,对于不履行约定义务的行为,信用主体可以通过偿还债务、提供担保、与债权人达成和解等方式纠正其违约失信行为。其二,对于违反法定义务的行为,若属于可修复的情形,则应由信用主体申请信用修复,作出遵守法律的承诺,实施整改等修复行为。相关部门经审查认为符合信用修复条件的,作出信用修复决定。信用修复决定应当进行公示,接受社会监督。其三,失信行为人纠正其失信行为时,可以请求信息提供者出具信用修复证明或请求债权人出具谅解声明。有关机关和组织可以依法采取删除失信信息、对信用信息进行注释等方式,为失信主体修复信用。<sup>③</sup>

#### 注释:

①[德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社,2004年,第192页。

②胡朝阳:《社会失信行为的法律规制》,《法商研究》2012年第6期。

③王立峰:《惩罚的哲理》(第2版),清华大学出版社,2013年,第124页。

④李富莹、王仲菊、郭文姝等:《信用惩戒在地方立法制度设计中的应用研究》,《北京人大》2012年第6期。

⑤王伟、侯江山、郭福伟:《企业信用建设的重中之重:信用约束和联合惩戒》,《人民法治》2016年第9期。

⑥陈哲:《失信惩戒与信用修复》,《浙江经济》2017年第8期。

⑦王伟:《市场监管的法治逻辑与制度机理——以商事制度改革为背景的分析》,法律出版社,2016年,第140页。

⑧谭九生:《论行业协会惩戒权的公法规制》,武汉大学博士学位论文,2010年,第30页。

⑨张建华、王伟主编:《中国企业信用建设报告(2017-2018年)》,中国法制出版社,2018年,第107-108页。

⑩张维迎:《重建信任的制度基础》,《科技创业月刊》2003年第9期。

⑪史际春、邓峰:《合同的异化与异化的合同——关于经济合同的重新定位》,《法学研究》1997年第3期。

⑫姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社,2011年,第191页。

⑬赵旭东等:《黑名单制度》,中国法制出版社,2018年,第32-33页。

⑭根据《企业信息公示暂行条例》第17条的规定,被列入经营异常名录的企业依照本条例规定履行公示义务的,由县级以上工商行政管理部门移出经营异常名录,但满3年未履行公示义务的,将被视为一种严重违法行为,由有关部门列入严重违法企业名单,并通过企业信用信息公示系统向

社会公示。

⑮李振宇:《信用惩戒的特性及对地方立法的启示》,《中共南京市委党校学报》2018年第2期。

⑯李新庚:《社会信用体系运行机制研究》,中国社会科学出版社,2017年,第114页。

⑰⑱罗培新:《善治需用良法:社会信用立法论略》,《法学》2016年第12期。

⑲2019年《厦门经济特区社会信用条例》第8条对此进行了立法创新,规定:“对自然人适用简易程序作出的行政处罚信息,或者自然人违法行为轻微,主动消除、减轻违法行为危害后果的行政处罚信息,不列入公共信用信息目录,但法律、法规、规章另有规定的除外。”

⑲王伟:《论失信黑名单制度的法治化》,《人民法治》2018年第11期。

⑳我国《立法法》第80条规定:没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令作依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。该法第82条规定:没有法律、行政法规、地方性法规作依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

㉑欧爱民、谢雄军:《不当联结之禁止原则及其适用方案》,《湖南师范大学社会科学学报》2008年第5期。

㉒上述建议参考了笔者牵头起草的《中华人民共和国社会信用法(专家建议稿)》中关于信用修复的条款设计。

## Study on the Classification of Punishment for Discredit and Its Legal Regulation: Further on the Design of Legislative Rules of Social Credit Law

Wang Wei

**Abstract:** Punishment for discredit is an important part of the rules of social credit system. Punishment for breach of trust is not an accurate legal concept. It must be analyzed and defined by legislative technology. In the disciplinary mechanisms such as market punishment, professional punishment, social punishment, administrative punishment, and judicial punishment, the punishment from public authorities is the focus of credit rule of law. Administrative disciplinary measures are not all power-limiting measures. The administrative blacklist measures of limited power are essentially administrative penalties, but they do not violate the principle of "non-repetition of punishment for the same illegal act". When formulating the social credit law in the future, we should regulate the punishment of discredit in a typed way, and focus on the administrative punishment. We should regulate the constitutive requirements, disciplinary measures and procedures, and the credit repair mechanism when formulating the social credit law in the future. We should regulate the punishment of dishonesty in a typed way, and focus on the administrative punishment. We should regulate the constitutive requirements, disciplinary measures and procedures, and the credit repair mechanism of dishonesty.

**Key words:** social credit; punishment for discredit; classification of punishment; legislative suggestions